

INNSIGELSER MOT DEMANDGARANTIEN

Kan garantisten rette innsigelser mot kreditors krav uten hjemmel i garantiavtalen?

Veileder: Førsteamanuensis dr. juris Amund Bjøranger Tørum

Kandidatnr: 158914

Leveringsfrist: 17.12.07

Til sammen 11571 ord

17.12.2007

1	INNLEDNING.....	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING FOR OPPGAVEN.....	3
1.2	NÆRMERE OM DEMANDGARANTI.....	3
1.2.1	<i>Hva er en demandgaranti?</i>	3
1.2.2	<i>Demandgarantiens opprinnelse og virkeområde.</i>	5
1.2.3	<i>Terminologi</i>	5
1.2.4	<i>Demandgarantiens rettskilder i norsk rett.</i>	6
1.3	AVGRENSNING AV PROBLEMSTILLINGEN.	9
1.4	VIDERE PLAN FOR OPPGAVEN	10
2	KAN GARANTISTEN RETTE INNSIGELSER MOT KREDITORS KRAV?	10
2.1	OVERSIKT OVER GARANTISTENS INNSIGELSESRETT I ENGELSK RETT.	10
2.2	UTREDNING AV GARANTISTENS INNSIGELSESRETT I NORSK RETT.	12
2.2.1	<i>Tolkning av demandgarantien</i>	12
2.2.1.1	Utgangspunkt.....	12
2.2.1.2	Innskrenkende tolkning eller utfylling.	13
2.2.1.3	Terskelen for en løsning som avviker fra garantiavtalens ordlyd.	14
2.2.1.4	Partenes intensjoner med demandgarantien	15
2.2.1.5	Hensyn som taler for at garantisten har en innsigelsesrett.	16
2.2.1.6	Oppsummering av tolkning av demandgarantien.....	19
2.2.2	<i>Avtaleloven § 36</i>	20
2.2.3	<i>Prosessuelle krav til garantistens bevisføring</i>	21
2.2.4	<i>Vurdering av ulike typetilfeller</i>	24
2.2.4.1	Utgangspunkt.....	24
2.2.4.2	Krav hvor kreditor mangler en materiell rett.	25
2.2.4.3	Krav som er grunnlagt i omstendigheter utenfor det underliggende avtaleforholdet.....	28
2.2.4.4	Krav hvor debitor ikke kan oppfylle forpliktelsen på grunn av utenforliggende hindringer.	29
2.2.4.5	Krav hvor kreditor har misligholdt den underliggende avtalen.....	31
2.2.5	<i>Må kreditor grunngi sitt krav?</i>	32
3	SAMMENFATNING	33
4	LITTERATURLISTE.....	35

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling for oppgaven

Partene kan avtale vilkår som den begunstigede må oppfylle for å få utløst demandgarantien. Problemstillingen i denne oppgaven er om den begunstigede har en ubetinget rett på garantien dersom vilkårene i garantiavtalen er oppfylt eller om medkontrahenten likevel i enkelte tilfeller kan rette innsigelser mot kravet.

1.2 Nærmere om demandgaranti.

1.2.1 Hva er en demandgaranti?

En garanti er et verktøy for å skape sikkerhet og stabilitet i et avtaleforhold og vil som oftest omhandle utbetaling av penger. I en aksessorisk garanti vil kreditors rett på utbetaling være avhengig av hans rett overfor debitor i det underliggende avtaleforholdet. Kreditor vil med andre ord kun ha rett på utbetaling av garantien hvis han kan bevise at debitor har misligholdt sine forpliktelser.¹

Hovedtrekkene i en demandgaranti blir derimot tradisjonelt omtalt som ”pay first, argue later”.² En demandgarantien vil i utgangspunktet være løsrevet fra den underliggende avtalen og garantiansvaret utløses ved at kreditor krever garantien utbetalt. Kreditor trenger dermed ikke å bevise at debitor har misligholdt sine forpliktelser i det underliggende avtaleforholdet for å få utbetalt garantien og garantisten kan ikke rette debtors innsigelser mot kravet. Kreditor slipper med andre ord den belastende søksmålsbyrden og får en mer effektiv sikkerhet enn hva som er tilfellet i en aksessorisk garanti.

Partene står i utgangspunktet fritt til å bestemme innholdet i garantiavtalen og hvor løsrevet den skal være fra det underliggende avtaleforholdet. Demandgarantier er således ikke en

¹ Se Smith 1981 side 180 flg. og 230 flg.

² Om kjennetegn ved demandgarantien, se Vinje 1999 side 171 flg., Ulander 2000 side 15 flg., Godsk Pedersen 2003 side 17 flg., Jack 2001 side 355 flg. og Bertrams 2003 kapittel 2.

homogen garantitype. Pierce deler demandgarantien i tre hovedtyper i forhold til hvilke vilkår kreditor må oppfylle for å få utløst garantien.³ Den første er den rene demandgarantien hvor kreditor kun trenger å komme med et påkrav mot garantisten. Den andre er garantier hvor kreditor må forklare, men ikke bevise, grunnlaget for kravet. Den siste gruppen av Pieces tre hovedtyper er garantier hvor kreditor må vise et angitt dokument for å få utbetalt garantien.

Ved internasjonal handel vil det ofte være en garantist både i kreditors og i debtors hjemland. Kreditor vil da få utbetalt garantien fra garantisten i sitt eget hjemland mot at denne blir holdt skadesløs av garantisten i debtors hjemland. En slik situasjon blir kalt indirekte garanti, i motsetning til en direkte garanti hvor det kun opptrer én garantist. Det forekommer også at en femtepart regulerer forholdet mellom de to garantistene. Den indirekte og den direkte garantien skal i utgangspunktet behandles likt, men det er på det rene at flere garantister vil kunne komplisere forholdet.⁴

Garantisten ved en demandgaranti vil som regel være en finansinstitusjon. Det er derimot ikke noe i veien for at også andre aktører, for eksempel debtors morselskap, kan inneha denne rollen. For at garantisten skal være villig til å inngå en demandgaranti må debitor ha forpliktet seg til å holde han skadesløs. Såfremt vilkårene i garantiavtalen er oppfylt har garantisten etter utbetaling til kreditor krav på en ubetinget regress fra debitor. Garantisten risikerer dermed ikke et tap ved at han ikke får regress fra debitor på grunn av at han ikke undersøkte om kreditor hadde rett på garantien. Videre risikerer han heller ikke at en feilaktig oppfatning av at kreditor mangler rett gir et misligholdsansvar i forhold til kreditor. En demandgaranti gir således mindre risiko for garantisten enn en aksessorisk garanti.

Når debitor har dekket garantistens utbetalinger kan han igjen søke tilbakebetaling fra kreditor. Dette betinger at han kan bevise at han ikke har misligholdt den underliggende avtalen, eller at kreditor har fått utbetalt et større beløp enn han materielt sett har krav på. Selv om søksmålsbyrden nå er forflyttet til debitor vil sluttresultatet etter demandgarantien og den aksessoriske garantien følgelig bli det samme.

³ Pierce 1993 side 21- 23.

⁴ For en mer utførlig redegjørelse, se Ulander 2000 side 10 flg. og Bertrams 2003 side 77 – 78. Den indirekte demandgarantien kan minne om en kontragaranti, se Smith 1981 side 72.

1.2.2 Demandgarantiens opprinnelse og virkeområde.

Demandgarantien fikk sitt gjennombrudd på 1970- tallet.⁵ Store oljefunn i Midtøsten hadde ført til enorme rikdommer hos eierne. Dette toppet seg i 1973 da landene i OPEC økte oljeprisen som en protest på Yom Kippur- krigen. Den plutselige rikdommen førte med seg en betydelig moderniseringsprosess, blant annet av infrastruktur, offentlige bygg, industri, landbruk og forsvar, og det ble i løpet av kort tid inngått en mengde kjøp- og entreprisekontrakter med internasjonale aktører. Kjøperne hadde lite erfaring med inngåelse slike kontrakter, og det oppsto problemer både i forhold til lite hensiktsmessige avtaler og useriøse aktører. Dette førte i ettertid til problemer med å få utløst de aksessoriske garantiene. Ved inngåelse av nye kontrakter begynte kjøperne dermed å stille krav om sikkerheter hvor de ikke hadde den belastende søksmålsbyrden. På grunn av hard konkurranse om store og lønnsomme kontrakter ble selgerne tvunget til å godta denne nye garantitypen.

I Norge ble demandgarantien gradvis innført gjennom internasjonal handel. I de seneste år har den også i større grad blitt benyttet mellom norske parter. I dag benyttes demandgarantien særlig i næringslivsavtaler om kjøp, entreprise og annen tilvirkning.⁶

1.2.3 Terminologi

Terminologisk har internasjonal teori og praksis vært lite konsekvent.⁷ Begreper som ”on demand”, ”on first demand” og ”on first justified demand” blir brukt for å beskrive garantien. Forskjellen i begrepsbruk har ofte sammenheng med hvilke vilkår som gjelder for at garantiansvaret kan bli utløst.

Også i norsk rett har terminologien på dette området vært preget av internasjonal praksis. Riktignok foreslår Vinje benevnelsen påkravsgaranti, men begrepet er ikke blitt fullstendig innarbeidet i norsk praksis.⁸ Årsaken til dette er trolig at en slik fornorsking vil være lite hensiktsmessig i forhold til demandgarantiens internasjonale virkeområde. Selv om form og innhold i praksis kan variere, velger jeg i fortsettelsen av oppgaven å benytte samlebetegnelsen demandgaranti.

⁵ Det forekom også demandgarantier på 1960- tallet, se Bertrams 2003 side 1.

⁶ Vinje side 173.

⁷ Bertrams 2003 side 4 - 5.

⁸ Vinje 1999 side 171. Begrepet er også benyttet i NOU 1994: 19, *Finansavtaler og finansoppdrag*, side 186.

1.2.4 Demandgarantiens rettskilder i norsk rett.

Etter finansavtaleloven § 65 fjerde ledd, kan ikke finansinstitusjoner benytte demandgarantier i avtaleforhold hvor en av partene er forbruker. Dette har sammenheng med det generelle forbrukervernet i norsk lov, og er begrunnet med at ”(...) *garantivilkår av denne type har i en del tilfeller vært misbrukt, med uheldige følger*.⁹ Også husleieloven av 26. mars 1999 nr. 17 § 3-6 gir det samme forbudet. Verken lovgiver eller Høyesterett har imidlertid gitt begrensninger på næringsdrivende sin rett til å benytte demandgarantier.

I RG. 2005 side 96 avgjorde Gulating lagmannsrett en sak hvor kreditor hadde tvangssolgt et skip, som heftet som sikkerhet for et lån de hadde gitt, til underpris. Spørsmålet som oppsto var om kreditor hadde krav på at garantisten utbetalte den resterende summen av debtors forpliktelse. Garantisten mente kravet var ”klart ugrunnet” og følgelig ville stride mot de ”krav til lojalitet som kan stilles i denne typen kontraktsforhold (...) eller at det ville være urimelig” etter avtl. § 36. Lagmannsretten konkluderte med at kreditor hadde krav på den resterende summen.

I LH. 2003 side 518 vurderte Hålogaland lagmannsrett en tvist mellom debitor og kreditor i forhold til hvilke utgiftsposter en demandgaranti skulle dekke. Retten sluttet etter en tolkning av begrepet ”documented costs” i garantiavtalen at garantien ikke omfattet de dokumenterte kostnadene som rederiet krevde.

I kjennelse avsagt 05.12.2007 vurderte Gulating lagmannsrett debtors krav om en midlertidig forføyning både i forhold til at garantisten ikke skulle kunne utbetale garantisten og at kreditor ikke kunne kreve garantiansvaret utløst, men måtte tilbakebetalt utbetalingene. Lagmannsretten avviste debtors krav med grunnlag i prosessuelle grunner. I forhold til demandgarantiens karakter uttalte de likevel at ”(...) lagmannsretten kan ikke se at Exxons standpunkt fremstår som illojalt eller som misbruk av garantiordningen slik partene langt på vei er enige om må være utgangspunktet for eventuelt å suspendere bankens plikt til å oppfylle under garantien”.¹⁰

Internasjonalt er det flere ganger blitt forsøkt å lage uniforme regler for demandgarantien. I 1992 utarbeidet International Chamber of Commerce (ICC) ”*Uniform rules for demand guarantee*” (URDG), med håp om å danne et globalt regelsett for demandgarantier. Reglene kommer bare til anvendelse hvor de er inkorporert i avtalen. Dette forekommer svært sjeldent

⁹ NOU 1994: 19 side 186

¹⁰ Se også dom fra Bergen byrett av 15. mars 1989 (sak nr. A 1052/ 1987) og kjennelse fra Bergen namsrett av 20. mars 1998 (sak nr. 98- 00290 D).

og URDG har dermed fått liten praktisk betydning.¹¹ Det skal også nevnes at URDG ikke uttrykkelig gir garantisten en innsigelsesrett.¹²

I 1996 vedtok FNs generalforsamling "*Convention on independent guarantees and stand by letters of credit*" (UNCIG). Konvensjonen er bare ratifisert av åtte land og har ikke større vekt enn URDG.¹³ Norge har ikke ratifisert UNCIG. Det skal likevel nevnes at konvensjonens artikkel 19- 1- c gir en ikke uttømmende liste over tilfeller hvor garantisten kan nekte å utbetale garantien uten hjemmel i garantiavtalen.

Article 19- Exception to payment obligation

(1) If it is manifest and clear that: (a) Any document is not genuine or has been falsified; (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents; or (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

(2) For the purposes of subparagraph (c) of paragraph (1) of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis: (a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized; (b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking;

(c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary; (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary; (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counterguarantee relates.

(3) In the circumstances set out in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph (1) of this article, the principal/applicant is entitled to provisional court measures in accordance with article 20.

Kommersielle parter har dermed i utgangspunktet full avtalefrihet ved inngåelse av en demandgaranti.

¹¹ Jack 2001 side 379

¹² ICC banking commission uttalte i Poinions (1995- 1996) at "there is an exception (to the principle of autonomy) in many jurisdictions, namely abuse of rights, or "fraud". The ambit of the exception and the ensuring consequences for the beneficiary and/ or the nominated bank may differ from one local jurisdiction to another. It is up to the courts to fairly protect the interest of all bona fide parties concerned". Spørsmålet om en eventuell innsigelsesrett må dermed løses i henhold til reglene i den enkelte nasjon.

¹³ For en oversikt over hvilke land som har ratifisert konvensjonen, se

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantees_status.html

Spørsmålet om en eventuell innsigelsesrett er i større grad avklart ved rembursavtaler (dokumentary credits). En slik avtale innebærer at kreditor har krav på utbetaling av en bestemt sum når han fremviser et avtalt dokument. Denne plikten er likt som demandgarantien i utgangspunktet uavhengig av eventuelle innsigelser i forhold til det underliggende forholdet.¹⁴ Hensynene bak vurderingen av partenes rettigheter i en rembursavtale vil dermed i hovedsak også være relevante i forhold til spørsmål om garantisten har en innsigelsesrett etter en demandgaranti.¹⁵ Også i engelsk rett er det antatt at reglene for remburs har relevans for demandgarantier.¹⁶

En forskjell er at rembursavtalen skal benyttes som ledd i det regulære oppgjøret, mens demandgaranti i teorien kun er et verktøy ved mislighold. Dette taler for å utvise større forsiktighet ved utbetaling av demandgarantien, og styrkes også ved at rembursavtalen alltid krever en dokumentasjon. Det er dermed større grunn til at det må innfortolkes en innsigelsesrett ved demandgarantier enn ved rembursavtaler. Forskjellene innebærer derimot at reglene for rembursavtaler får mindre virkning på spørsmålet om en innsigelsesrett ved demandgarantier.¹⁷

Utenlandsk rettspraksis har tatt standpunkt til spørsmål om demandgarantien som til dels er uavklart i norsk rett. Dette er derimot ikke akseptert som en selvstendig rettskilde i Norge, men kun som støtte til et argument eller sluttresultat.¹⁸

Demandgarantien er innført i norsk rett gjennom internasjonal handel. Videre er garantiens viktigste rolle handel med utenlandske aktører. Dette kan tilsi at det er hensiktsmessig å ha et internasjonalt perspektiv på fremstillingen av demandgarantien. Dersom reglene i norsk rett er uklare eller fraviker handelspartneres rett kan det virke negativt på muligheten for at norske næringsdrivende skal kunne drive internasjonal handel.¹⁹ Det er i seg selv en fordel at en

¹⁴ Selvig 1975 side 83 – 84.

¹⁵ For en sammenlikning av rembursrett og demandgarantier, se Ulander 2000 side 46 – 47 og Vinje 1999 side 172 og 178.

¹⁶ Bertrams 2003 side 347 og Jack 2001 side 375.

¹⁷ Se Bertrams 2003 punkt 14.5.19.

¹⁸ Se blant annet Nygaard 2004 side 110.

¹⁹ Godsk Pedersen 2003 side 161, Vinje 1999 side 145, Nordtveit 1992 side 61 flg. og Ulander 2000 side 47.

kontraktstype som er i bruk i mange land, og mellom foretak fra ulike land, blir vurdert på lik måte i Norge som det blir gjort internasjonalt. Utenlandsk rett kan dermed få vekt som et samfunnshensyn. Demandgarantiens internasjonale karakter og manglene på norske rettskilder vil kunne forsterke dette hensynets vekt.

Når en ”importerer” en garantitype er det naturlig å legge vekt på hvordan spørsmål som den aktuelle garantitypen reiser er løst i rettspraksis og lovgivning i land der garantiene er utformet. Utenlandsk rett kan følgelig være en kilde til å belyse problemstillinger som kan oppstå og gode argumenter og løsninger bør i tillegg alltid være interessante.²⁰ Bruk av fremmed rett kan dermed være både ressursparende og samtidig gi en mer gjennomtenkt løsning.

1.3 Avgrensning av problemstillingen.

Det første skrittet for å fastlegge partenes rettigheter og plikter er å avgjøre hvilken garantitype som er avtalt. En slik avklaring må gjøres ved en tolkning av garantiavtalen og kan medføre problematiske vurderinger. Problemområdet ligger utenfor hovedproblemstillingen i oppgaven og jeg legger derfor til grunn at det foreligger en demandgaranti.²¹ Videre forutsetter jeg at det foreligger en direkte demandgaranti hvor det eneste vilkåret for utbetaling i følge ordlyden i garantiavtalen er at kreditor kommer med et krav.²²

Spørsmålet om det foreligger en innsigelsesrett kan i praksis anvendes i forskjellige situasjoner. Hvor garantisten avslår kravet vil for eksempel spørsmålet om innsigelsesretten være viktig i forhold til om kreditor kan få kravet tvangsinndrevet. Videre kan innsigelsesretten være relevant i forhold om debitor kan få en midlertidig forføyning på at garantisten ikke kan utbetale garantien. Situasjonen kan også være at garantisten har utbetalt garantien, mens debitor nekter å betale regress på grunn av at garantisten hadde en innsigelsesrett som han ikke benyttet seg av. I tillegg hvor garantisten ikke får regress kan innsigelsesretten være relevant i forhold til et krav om tilbakebetaling fra kreditor. Jeg vil ikke

²⁰ Tørum 2006 side 44.

²¹ For en videre drøfting vises blant annet til Vinje 1999 side 175 - 177, Jack 2001 side 357 - 363 og Ulander 2000 side 29-36.

²² For spørsmålet om garantistens innsigelsesrett ved indirekte garanti, se blant annet Godsk Pedersen 2003 side 175.

i denne oppgaven gå nærmere inn på i hvilke sammenhenger innsigelsesretten benyttes og hvilke rettsmidler som kan være aktuelle å benytte. Videre vil jeg heller ikke vurdere andre partsforhold enn forholdet mellom garantisten og kreditor.²³

1.4 Videre plan for oppgaven

For å besvare problemstillingen om den begunstigede har en ubetinget rett på utbetaling dersom vilkårene i garantiavtalen er oppfylt, vil jeg i del 2 drøfte om og eventuelt når garantisten kan rette innsigelser mot kreditors krav. Jeg starter med en presentasjon av rettsstillingen i engelsk rett for å gi en bakgrunn og illustrasjon før drøftelsen av norsk rett. Jeg vil ikke foreta en komparativ undersøkelse.

Dernest vil jeg se nærmere på rettssituasjonen i norsk rett. Jeg vil gjennomgå de to alternativene avtaletolkning og avtaleloven (avtl.) § 36, som begge kan tenkes å gi et rettslig grunnlag for en innsigelsesrett. Avtaletolkningen vil jeg også konkretisere ved å løse ulike typetilfeller.

I tillegg vil jeg vurdere hvilke prosessuelle krav som må stilles til garantistens bevis, før jeg til slutt vil overveie i hvilken grad kreditor har plikt til å grunngi sitt krav.

2 Kan garantisten rette innsigelser mot kreditors krav?

2.1 Oversikt over garantistens innsigelsesrett i engelsk rett.

Engelsk rettspraksis har gitt generelle retningslinjer for vurderingen av om garantisten kan ha en innsigelsesrett mot kreditors krav uten hjemmel i garantiavtalen. I et komparativt lys er engelsk rett restriktive i forhold til å begrense kreditors rett ved en demandgaranti noe som stemmer overens med engelsk retts sterke vektlegging av ordlydens forutberegnelighet.²⁴ Rettspraksis har vist at bakgrunnen for denne holdningen er at en mer liberal vurdering av

²³ Om debtors innsigelsesrett, se Vinje 1999 side 184 flg.

²⁴ Bertrams 2003 side 354. Om engelsk retts generelle vektlegging av ordlyden, se Moss 2005 side 303.

ordlyden i garantiavtalen vil svekke demandgarantien som et viktig verktøy i internasjonal handel.²⁵

Et unntak for kreditors absolutte rett på garantien ved engelsk rett er ”the common law fraud”.²⁶ I *Edward Owen v. Barclays Bank Int.*, ble det uttalt at den eneste begrensingen måtte være ved ”*clear fraud of which the bank has notice*”.²⁷ ”Fraud” kan på norsk forstås som uredelig. En eventuell innsigelsesrett stiller følgelig krav om at garantisten er klar over at kreditor fremsetter et uredelig krav.

Innholdet i begrepet ”fraud” ble i *GKN Contractors v Lloyds Bank* omtalt som ”(...) a case where the named beneficiary presents a claim which he knows at the time to be an invalid claim, representing to the bank that he believes it to be a valid claim”.²⁸ Det foreligger følgelig ”fraud” dersom kreditor presenter et krav som han vet er uberettiget, men som han allikevel fremstiller som om det er berettiget. Avgjørende er følgelig om kreditor var i god tro angående sitt kravs rettmessighet

Praksis refererer i hovedsak til uredlige forhold ved dokumenter som en nødvendig for å få utbetalt garantien, for eksempel forfalskning. Det er ikke endelig avgjort om det i engelsk rett også kan foreligge fraud i det underliggende avtaleforholdet.²⁹ Derimot er det flere uttalelser både i engelsk, amerikansk og canadisk rettspraksis som tyder på at det foreligger en slik mulighet.³⁰ I *State Trading Corp. of India vs. ED & F Man (Sugar)* uttalte Lord Denning at: ”*the only term which is to be imported is that the buyer when giving notice of default must honestly believe that there has been a default on the part of the seller. Honest belief is enough. If there is no honest belief, it may be evidence of ”fraud*”.³¹ Garantisten kan dermed

²⁵ Se *Harbottle (mercantile) Ltd. V. National Westminster Bank Ltd.* [1977] 2 All ER 862, [1978] Q.B. 146, hvor det ble uttalt at ”they are the life- blood of international commerce (...). They must be allowed to be honoured, free from interference by the courts. Otherwise, trust in international commerce could be irreparably damaged”.

²⁶ Se Jack side 258 flg.

²⁷ *Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank Int Ltd (CA)* [1978] 1 ALL ER 976, [1978] Q.B 976.

²⁸ *GKN Contractors v. Lloyds Bank (CA)*, [1985] 30 BLR 48.

²⁹ Jack side 270 flg.

³⁰ Se også Bertrams 2003 side 353.

³¹ *State Trading Corp. Of India v. E. D. & F. Man (CA)*, [1981] Com LR 235. Se også *Deutsche Ruckversicherung v. Walbrook Insurance* [1994] 4 All ER 181, hvor det ble uttalt at avgjørende er om

ha en innsigelsesrett hvis han kan bevise at kreditor når han presenterte kravet ikke trodde at debitor hadde misligholdt sine forpliktelser i det underliggende avtaleforhold og at han dermed kunne ha et materielt krav.

Garantisten må ikke ha absolutte bevis på at kreditor var klar over at han manglet en materiell rett. Spørsmålet om kreditor var i god tro må derimot avgjøres ved å se på sakens konkrete omstendigheter.³² Det vil følgelig være uredelig ("fraud") dersom kreditor måtte ha sett at han manglet en materiell rett. At kreditor kun burde være klar over sin manglende materielle rett er derimot ikke tistrekkelig.³³

2.2 Utredning av garantistens innsigelsesrett i norsk rett.

2.2.1 Tolkning av demandgarantien.

2.2.1.1 Utgangspunkt

Som nevnt i punkt 1.2.4 har ikke norsk rett noen preseptoriske regler for kommersielle parters stilling ved en demandgaranti. For å fastlegge partenes rettigheter og plikter må man følgelig tolke garantiavtalen.

Utgangspunktet etter norske tolkningsregler er partenes felles forståelse ved avtaleinngåelsen.³⁴ Dette kan ikke fastslås i en teoretisk oppgave uten en konkret saksbakgrunn.

Videre må den part som visste eller burde være klar over medkontrahentens avvikende oppfatning av avtalens innhold legge denne forståelsen til grunn.³⁵ Hensynet til god tro og redelighet oppstiller følgelig en opplysningsplikt. I denne oppgaven er det forutsatt at ordlyden i garantiavtalen ikke gir andre vilkår for kreditor enn å presentere et krav. Kreditor

kreditor har et " (...) bona fide claim to payment under the underlying contract" og at han "(...) will be acting fraudulently in that they will be claiming payment to which they know they have no entitlement "

³² Se Themehelp Ltd. V. West and others, [1996], QB84 og Kvaerner John Brown v. Midland Bank, [1998] CIC 446. Se også Bertrams 2003 side 348.

³³ Jack 2001 side 266 flg.

³⁴ Rt 2003 side 1132 (punkt 35).

³⁵ Se Høgberg 2006 side 265 flg. og eksempelvis Kjøpsloven § 89.

burde dermed ikke ha sett at garantisten hadde en annen forståelse såfremt det ikke foreligger særlige omstendigheter som tyder på dette.

Avtalen må dermed tolkes objektivt ut fra hva en alminnelig utrustet person må forstå i samme situasjon. Dette skal gi en objektivt sett fornuftig oppfatning av avtalen.

Demandgarantien gir kreditor en absolutt rett til å få utløst garantiansvaret ved sitt krav. Da det ikke foreligger noen ytterligere vilkår eller begrensninger, taler ordlyden for at garantisten ikke har en innsigelsesrett mot kreditors krav.

Høyesterett har derimot vist at ordlyden ikke alltid er avgjørende for løsningen. Både en tolkning eller en utfylling kan tenkes å gi en løsning som avviker fra en ellers klar ordlyd. Det er imidlertid grunn til å utvise forsiktighet i en slik prosess da det kan være en skjult sensur som bør gjøres etter avtl. § 36.³⁶

2.2.1.2 Innskrenkende tolkning eller utfylling.

Både avtaletolkning og utfylling av avtalen vil ha et felles mål om å fastlegge partenes forpliktelser og det har vært tradisjon for å skille mellom metodene. Tolkningen vil søke etter en løsning i selve avtalen, mens utfyllingen på grunn av mangel på regelbasert bakgrunnsrett ved demandgarantien, vil finne løsningen på bakgrunn av hypotetiske partsforutsetninger og reelle hensyn.³⁷

Skillet er ikke særlig vektlagt av Høyesterett og grensen mellom hva som er tolkning og utfylling uten regelbasert bakgrunnsrett er i praksis uklar.³⁸ Hvilken prosess som benyttes synes å være avhengig av om rettsanvenderen, på grunn av en sterk presumsjon om at avtalen er i overensstemmelse med bakgrunnsretten, betrakter reelle hensyn som et tolkningsmoment. Skillet mellom tolkning og utfylling ved demandgarantien vil dermed i første rekke være en terminologisk problemstilling og vil ikke vektlegges i denne oppgaven.

³⁶ Se blant annet Hagstrøm i LoR 1994 på side 164.

³⁷ Høgberg 2006 side 208 flg. og Haaskjold 2002 side 162 flg. viser at utfylling kan gi en løsning i strid med en ellers klar ordlyd

³⁸ Høgberg 2006 side 73 flg., Huser side 127 flg., Vinje side 41 flg. og Haaskjold side 97 flg.

I og med at man tar utgangspunkt i en ordlyd hvor kreditor har en absolutt rett, finner jeg det mest naturlig å løse oppgavens problemstilling ved å tolke garantiavtalen. Det videre spørsmålet er følgelig om garantiavtalens ordlyd må tolkes innskrenkende slik at garantien i enkelte tilfeller har en innsigelsesrett.

2.2.1.3 Terskelen for en løsning som avviker fra garantiavtalens ordlyd.

En demandgaranti vil være inngått mellom næringsdrivende parter. I dom inntatt i Rt. 2000 side 806 tolket Høyesterett en kontrakt om konsesjonskraft inngått mellom profesjonelle parter. På side 815 ble det uttalt at *”mitt utgangspunkt er at avtalens prisbestemmelse er klar, og at det må kreves sterke grunner for å sette den til side - enten dette betegnes som resultat av generelle tolkningsprinsipper eller av avtalerevisjon”*.

Terskelen for en løsning i strid med ordlyden av en avtale i næringsforhold ble også videreført i dom inntatt i Rt. 2002 side 1155 som omhandlet spørsmålet om en oppsigelse etter en leiekontrakt mellom to profesjonelle parter var rettmessig. På side 1159 slo Høyesterett fast; *”at prinsippet om objektiv fortolkning har særlig styrke i avtaler mellom næringsdrivende, understrekes av forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet, som åpenbart fremmes best av en tolkning basert på objektive, tilgjengelige elementer”*.³⁹ Ved avtaler mellom kommersielle parter må en dermed legge særlig vekt på ordlyden og på avtalens forutberegnelighet. Dette synes også å være i tråd med engelsk rett.

En høy terskel for å begrense en klar ordlyd støttes også av hensynet til garantisten. Dersom garantisten gis en innsigelsesrett og velger å ikke utbetale garantien, risikerer han både sitt omdømme og et eventuelt misligholdsansvar overfor kreditor. Dersom han på tross av en mulig innsigelsesrett velger å utbetale garantien kan det oppstå tvister om regressutbetaling fra debitor. En innsigelsesrett kan dermed også gi garantisten en undersøkelsesplikt. Garantistens plikt vil følgelig forvanskes, noe som kan gjøre det mer betenkelig for finansieringsinstitusjoner å godta rollen som garantist.

I Rt. 2002 side 1155 ble det fastslått at også *”hensynet til tredjeparter taler for en objektiv fortolkning basert på avtalens tekst”*. Selv om det er mulig å gi relativt klare grenser for garantistens innsigelsesrett, er det utvilsomt at unntak fra ordlyden vil svekke

³⁹ Se også Rt. 1994 side 581 (side 587).

demandgarantiens troverdighet. Dette kan få virkning både i forhold til tredjepart som skal forholde seg til garantien og garantiens troverdighet som et verktøy for senere avtaleinngåelse.

Videre i Rt. 2000 side 806 uttalte Høyesterett at *”hadde selskapet ønsket en annen ordning, ville det vært enkelt å formulere et utkast som uttrykte det”*. Parten måtte med andre ord ta konsekvensen av at han ved avtaleinngåelsen valgte å ikke kreve en annen løsning.⁴⁰

Garantisten har ved avtaleinngåelsen full anledning til å kreve begrensninger på kreditors rett. Dersom intensjonen ikke var at kreditor skulle ha en absolutt rett, hadde han også i motsetning til kreditor en oppfordring til å gjøre dette. En begrensning kan føre til vanskelige grenseområder som vil svekke demandgarantiens troverdighet på avtaleinngåelsestidspunktet. Dette er derimot en risiko som garantisten har akseptert og dermed er nærmest til å ta følgen av. I tillegg skal det nevnes at en utvidet innsigelsesrett vil kunne føre til flere tvister mellom partene. Et prosessøkonomisk hensyn taler følgelig mot at garantisten har en innsigelsesrett.

Terskelen for at tolkningen skal gi en løsning som avviker fra en ellers klar ordlyd må etter dette være svært høy.

2.2.1.4 Partenes intensjoner med demandgarantien

I dom inntatt i Rt. 1982 side 1357, vedrørende tolkning av en kjøpekontrakt, ble det uttalt at *”dette er en meget generelt avfattet bestemmelse som ikke bærer preg av å være resultatet av noen konkret vurdering av ansvar og risiko i forbindelse med overdragelse av denne type eiendom. Det er dessuten ingenting som tyder på at bestemmelsens innhold faktisk ble vurdert”*.⁴¹

Høyesterett viser at ordlydens vekt er mindre hvor det ut fra kontraktssituasjonen er uklart om partene faktisk har vurdert det aktuelle punktet i avtalen. En demandgaranti vil som oftest være utformet med en vidtgående ordlyd. Terskelen for å komme til en løsning som avviker fra ordlyden vil være mindre enn ved en detaljert tekst som virker mer gjennomtenkt og lettere kan sies å være uttømmende regulert.

⁴⁰ Dette kalles i teorien uklarhetsregelen.

⁴¹ Likende i Rt. 1889 side 569 (573), Rt. 1928 side 940 (941), Rt. 1952 side 1160 (1162), Rt. 1981 side 445 (451), Rt. 1993 side 140 (145) og Rt. 1994 side 1311 (1314).

Da det ikke foreligger noen saksbakgrunn for oppgaven, er det vanskelig å fastslå hva som var partenes intensjoner ved avtaleinngåelsen. Formålet med demandgarantien kan derimot være veiledende.⁴² På grunn av at det er uklart hva som faktisk er partenes formål med demandgarantien, må avgjørende være hva en normalt forstandig person ville han oppstilt som formål i samme situasjon.⁴³

Det generelle formålet med en garanti er å gi kreditor en sikkerhet for at debtors oppfyller sine forpliktelser i det underliggende avtaleforholdet. Ved demandgarantien skal den ressurskrevende prosessen for å avgjøre hvem som har en materiell rett i det underliggende avtaleforhold avgjøres i den etterfølgende regressen. Debitor har med andre ord søksmålsbyrden. Kreditor har dermed rett på å få utløst garantiansvaret selv om han må tilbakebetale beløpet i den etterfølgende regressen. Et formål med demandgarantien må dermed være at debitor har risikoen for at kreditors rett i det underliggende forhold er uklar.

Et tolkningsalternativ som står i direkte strid med formålet vil normalt aldri bli foretrukket.⁴⁴ I tilfeller der kravet fra kreditor er i samsvar med garantiens formål, skal det følgelig svært mye til før garantisten kan rette innsigelser mot kreditors krav. Derimot kan det tenkes krav som ikke er i samsvar med demandgarantiens formål og det vil være uklart om garantisten faktisk har ment å gi kreditor rett til å utløse garantiansvaret i et slikt tilfelle.⁴⁵ Hvor det mangler en sammenheng mellom kravet og demandgarantiens formål må terskelen for en løsning som avviker fra ordlyden være lavere enn når kravet er i samsvar med formålet.

2.2.1.5 Hensyn som taler for at garantisten har en innsigelsesrett.

Hensynet til et rimelig og balansert resultat kan være relevant ved spørsmålet om gi garantisten en innsigelsesrett på tross av ordlyden.⁴⁶ På grunn av sammenhengen mellom demandgarantien og det underliggende forhold, både i relasjon til garantiens formål og garantistens absolutte regressrett, må hensynet til debitor være relevant ved tolkningen av garantien.

⁴² Se Rt. 1990 side 223 (227).

⁴³ Se Rt. 1967 side 1407 (1409).

⁴⁴ Se Rt 1984 side 785 hvor det på side 789 uttales at ” *en forståelse som på denne måten motvirker det totalresultat klausulen nettopp skulle sikre, finner jeg unaturlig*”.

⁴⁵ For eksempler på manglende sammenheng mellom kravet og formålet, se punkt 2.2.4.

⁴⁶ Se punkt 2.2.1.2.

At kreditor skal ha en absolutt rett til å kreve garantien utløst, kan i utgangspunktet virke urimelig. Dette må derimot sees i forhold til at partene frivillig har akseptert garantiavtalen og at både garantisten og debitor har mulighet til å søke regress i ettertid. Derimot kan regressretten i enkelte tilfeller skape problemer for partene. Garantibeløpet vil ofte ha en betydelig størrelse, noe som kan gjøre debtors betalingsevne usikker. Videre kan beløpet være tungt å bære for debitor, selv for en begrenset periode. I forhold til den etterfølgende regressen kan det også oppstå problemer på grunn av kreditors jurisdiksjon, eller hans evne til å utbetale regressen. Dette taler for at garantisten kan ha en innsigelsesrett.

Å gi kreditor en rett til å få utbetalt garantien hvor det ikke er omtvistet at han må tilbakebetale i regressomgangen virker lite rasjonelt. Viktigere er at dersom kreditor kan kreve garantien uten å ha et materielt krav, vil ikke debitor kunne påvirke muligheten for at garantien blir utbetalt. Han vil dermed havne i en svært usikker situasjon hvor kreditor har all makt i forhold til utbetalingen. Da debitor sannsynligvis ikke vurderte en slik situasjon ved avtaleinngåelsen, kan gode grunner tale for en innsigelsesrett hvor garantien ikke fungerer som en sikkerhet for debtors oppfyllelse og kreditor ikke har et materielt krav.

Ved rembursavtaler er det antatt at garantisten kan ha en innsigelsesrett hvor kravet er uberettiget etter det underliggende avtaleforholdet.⁴⁷ Selv om jeg i punkt 1.2.4 viser til at det foreligger visse forskjeller mellom en rembursavtale og en demandgaranti, vil det likevel være mange sammenfallende hensyn som tilsier at de samme reglene må gjelde for begge avtaletypene.

I dom inntatt i Rt. 1988 side 1078, behandlet Høyesterett en tvist om bortfall av kausjonsansvar. På side 1084 uttalte de at *”(...) det i kausjonsforhold, som i kontraktsforhold ellers, må stilles krav til aktsom og lojal opptreden fra kreditors side ovenfor kausjonisten. Dette kravet til aktsomhet og lojalitet må gjelde ikke bare ved stiftelsen av kausjonsforpliktelsen, men så lenge forpliktelsen består (...)”*. Høyesterett viser dermed at partene til en viss grad må ta rimelige hensyn til den annen parts interesser. Denne forpliktelse er en videreføring av kravet om redelighet og god tro ved avtaleinngåelsen jf. avtl. § 33.⁴⁸

⁴⁷ Se Vinje 1999 side 178 med videre henvisninger.

⁴⁸ Høgberg 2006 side 265.

Begrepet illojalt er abstrakt og innholdet er vanskelig å presisere. Avgjørende er garantistens beskyttelsesverdige forventninger.⁴⁹ Etter den ulovfestet lojalitetsplikten betinger en beskyttelsesverdige forventning at det omtvistete forholdet var synbart for kreditor.⁵⁰ Ordlyden gir i utgangspunktet ikke gir garantisten en beskyttelsesverdige forventning om en innsigelsesrett. Derimot er klart at det lettere kan tale for en løsning som avviker fra ordlyden dersom kreditor så at hans krav ikke var i samsvar med demandgarantiens formål og dermed var en situasjon garantisten med sannsynligvis hadde overveid ved avtaleinngåelsen. I et slikt tilfelle vil kravet lettere fremtre som et misbruk av en rettighet fra enn en tilsiktet plikt fra garantisten. Gode grunnen taler for en begrensning av faren for misbruk dersom garantiens funksjon som sikkerhet for kreditor ikke svekkes. Lojalitetsprinsippet vil dermed tale for at ordlyden lettere må innskrenkes hvor kreditor så at kravet ikke var i samsvar med garantiens formål enn hvor dette ikke var synbart. Det videre spørsmålet er når den manglende sammenhengen med formålet vil være synbart.

Hvor det kan bevises at kreditor faktisk så den manglende sammenhengen da han presenterte kravet, er det klart at det vil tale for at garantisten har en innsigelsesrett. På grunn av bevishensyn må dette også gjelde hvor kreditor måtte ha sett den manglende sammenhengen. Det videre spørsmålet er om det er tilstrekkelig at kreditor kun burde ha sett den manglende sammenhengen mellom kravet og demandgarantiens formål.

I utgangspunktet har garantisten akseptert en ordlyd hvor kreditor har en absolutt rett på garantien. Et lavt aktsomhetskrav vil være en begrensning på hensynet til avtalefriheten og følgelig svekke ordlydens forutberegnelighet. Dette er som tidligere omtalt spesielt uheldig ved avtaler mellom næringsdrivende. At synbarhetsvilkåret ikke er oppfylt når kreditor kun burde ha sett den manglende sammenhengen mellom kravet og formålet er også i overensstemmelse med engelsk rett.

Rettspraksis i forhold til den ulovfestede lojalitetsplikt og avtl. § 33 stiller kun et krav om culpa.⁵¹ Dette støttes også av juridisk litteratur og av bevishensyn.⁵² Den ulovfestede

⁴⁹ Nazarian 2007 side 267 flg. Se også Rt. 1988 side 1078 hvor Høyesterett uttalte at *”kravene til kreditors opptreden må nettopp ses i lys av hva det er rimelig å forvente av kausjonisten”*.

⁵⁰ Nazarian 2007 stiller på side 249 et vilkår om at forholdet er klanderverdig.

⁵¹ Rt. 1984 side 28 (34), Rt. 1987 side 442 (446) og Rt. 1995 side 1460 (1470).

lojalitetsplikten er en grunnleggende sikkerhet i alle avtaleforhold. Selv om det lettere kan tenkes en strengere aktsomhetsplikt i næringsforhold enn i forbrukerforhold er det klart at det må stilles visse krav før partene kan sies å ha avtalt seg vekk fra eller begrenset lojalitetsplikten. Ordlyden i demandgarantien taler etter dette for at partene ikke har avtalt seg vekk fra aktsomhetsplikten i den generelle lojalitetsplikten.

Dersom kreditor burde ha sett at hans krav ikke var i samsvar med demandgarantiens formål, vil det følgelig tale for at garantisten har rett til å komme med innsigelser mot hans krav. En slik situasjon må likevel være mindre klanderverdig enn hvor kreditor måtte ha sett den manglende sammenhengen. Det skal videre ikke utelukkes at de konkrete forholdene kan tilsi at partene har avtalt at en ren uaktsomhet ikke er tilstrekkelig for å tale for at garantisten har en innsigelsesrett.

2.2.1.6 Oppsummering av tolkning av demandgarantien

Etter vurderingen ovenfor er det uklart om partene hadde intensjoner om å gi kreditor en absolutt rett til å få utløst garantien. Hvor kravet ikke er i samsvar med demandgarantiens formål, kan en anta at man lettere kan komme til en ordlyd som avviker fra garantiavtalens ordlyd enn hvor det foreligger en slik sammenheng. Av hensyn til partene og avtalens forutberegnelighet må terskelen for en slik løsning være høy.⁵³ Det skal også påpekes at garantisten eller debitor, uttrykkelig eller stilltiende, kan ha gitt avkall på innsigelsesretten eller begrenset den ytterligere.

Selv om jeg har vist at kreditor ikke vil ha en absolutt rett til å kreve garantien, og garantisten følgelig i enkelte tilfeller kan rette innsigelser mot kreditors krav, synes den praktiske virkningen å være usikker. Av denne grunn vil jeg i punkt 2.4.4 vurdere aktuelle typetilfeller for å prøve å konkretisere innsigelsesretten.

⁵² Se Nazarian 2007 side 259 med videre henvisninger.

⁵³ Under punkt 2.1 har jeg vist at grunnlaget for innsigelsesretten i engelsk rett er "common law fraud", et grunnlag som ikke eksisterer i nordisk rett. Vinje 1999 side 182 er enig i at garantisten kan tenkes å ha en innsigelsesrett etter en tolkning av garantiavtalen. For danske rett kan det virke som om Godsk Pedersen 2003 er enig, da han på side 160 sier at det ikke kan antas "at der reelt er givet afkald på at gøre enhver indsigelse vedrørende det sikrede retsforhold gældende". For svensk rett nevner Ulander 2000 på side 49 garantiens natur som grunnlag for garantistens innsigelsesrett, men det kan virke som om dette egentlig er resultatet av en tolkning.

2.2.2 Avtaleloven § 36

Et alternativt rettslig grunnlag for garantistens innsigelsesrett vil være avtl. § 36.

Demandgarantien er et verktøy for å kunne slutte et underliggende avtaleforhold, og er dermed en del av et komplisert rettsforhold. Å overta en risiko er karakteristisk for garantier og det ligger i selve garantiavtalen at risikoen kan materialisere seg uventet og ubehagelig. Skal demandgarantien fungere som verktøy i handel er det grenser for hvor langt en kan gå i å benytte § 36. En demandgarantien bør dermed ikke i seg selv revideres av § 36.⁵⁴

I forarbeidene står det at *”generalklausulen må kunne nyttes for å hindre misbruk av rettighet”*. Videre presiseres det at *”med« misbruk av rettighet » sikter en til at en part benytter sin rettighet på et vis som ikke bør godtas av rettsorden (...)”*.⁵⁵ Bestemmelsen kan dermed komme til anvendelse dersom kreditor bruker sin rett etter avtalen på en måte som er *”urimelig eller i strid med god forretningsskikk”* ovenfor medkontrahtenten.

Vilkåret om at forholdet skal være *”urimelig”* gir en viss terskel.⁵⁶ Dersom det innfortolkes for store begrensninger i kreditors rett kan garantiens kredittfunksjon svekkes. Det må følgelig foreligge en markert forskjell mellom virkningen av kreditors misbruk og hva som er en rimelig løsning.

Avtl. § 36 skal i første rekke rydde opp i urimelighet innad i avtaleforholdet. Ved en demandgaranti vil garantisten ha en absolutt regressrett fra debitor. Kreditors krav kan dermed vanskelig være urimelig for garantisten. Formålet med garantien er derimot å gi kreditor sikkerhet for debtors oppfyllelse i det underliggende forholdet. Videre fører garantistens absolutte regressrett til at han, som er uavhengig og ikke et verktøy for at debitor skal slippe å betale, i det reelle opptrer på vegne av debitor. Det er følgelig størst fare for at debitor blir skadelidende på grunn av kreditors krav. Dersom hensynet til debitor ikke er relevant ved vurderingen vil bestemmelsens viktigste sikkerhetsfunksjon ved demandgarantier falle bort.

⁵⁴ Se Ulander 2000 side 47 og Vinje 1999 side 180. En motsatt løsning kan tenkes hvor det foreligger store styrkeforskjeller og liten forståelse av og erfaring med demandgaranti.

⁵⁵ NOU 1979: 32 *Formuerettslig lempingsregel* side 53.

⁵⁶ NOU 1979: 32 side 30 og blant annet Rt. 1990 side 284.

På tross av demandgarantiens selvstendighet må den dermed i dette henseende sees som en helhet med den underliggende avtalen. Kravets virkning for debitor er dermed relevant etter § 36.⁵⁷

Målestokken ved bestemmelsen er rene rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger.⁵⁸ Dette må antas i hovedsak å sammenfalle med drøftelsen under punkt 2.2.

I annet ledd viser lovgiver at "partenes stilling" er et moment ved vurderingen. I forarbeidene uttales det at bestemmelsens hovedfunksjon er å "*beskytte den svake parts misbruk av avtalefriheten*".⁵⁹ Terskelen for revisjon av avtaler mellom to likestilte parter må følgelig være høyere. Videre har Høyesterett, så vidt jeg vet, aldri benyttet § 36 til å revidere en avtale mellom to kommersielle parter. I noen av dommene som har versert, har Høyesterett benyttet uttrykk som "*sterke grunner, svært meget og svært mye*" for å vise terskelen for revisjon i en slik situasjon.⁶⁰ Dersom det faktisk kan påvises et styrkeforhold vil dette naturligvis kunne ha betydning i vurderingen selv om tvisten står mellom to kommersielle parter.⁶¹

Når man med åpne øyne i et jevnbyrdig næringsforhold har samtykket til en kalkulert risiko, kan motpartens rettigheter vanskelig være tilstrekkelig urimelige. Bruken av § 36 vil kunne svekke garantiens forutberegnelighet noe som vil være samfunnsøkonomisk uheldig. En eventuell ubalanse i forholdet bør dermed repareres ved den etterfølgende regressrunden. Terskelen for å fravike ordlyden i næringsforhold må dermed antas å være så høy at bestemmelsen har svært liten betydning i forhold til å gi garantisten en innsigelsesrett.⁶²

2.2.3 Prosessuelle krav til garantistens bevisføring.

Jeg har tidligere vist at kreditor ikke har en absolutt rett på garantien og det er klart at det er garantisten som har bevisbyrden i forhold til om det foreligger en innsigelsesrett. Spørsmålet

⁵⁷ Enig er Vinje 1999 side 181. For svensk rett mener Ulander 2000 side 48 at hensynet til debitor ikke er relevant.

⁵⁸ Hagstrøm i LoR 1994 side 144.

⁵⁹ Ot.prp. nr.5 (1982-1983) *Om lov om endringer i avtaleloven*, side 5 punkt 4.

⁶⁰ Rt.1988 side 295 (301), Rt. 1998 side 1980 (1987), Rt. 2000 side 806 (816) og Rt. 2003 side 1132 (punkt 46).

⁶¹ Hagstrøm i LoR 1994 side 148 flg.

⁶² Vinje 1999 uttaler på side 181 at avtl. § 36 kan komme til anvendelse hvor kreditors krav er uberettiget i forhold til det underliggende forhold. Han sier derimot ikke noe om terskelen for en slik revisjon.

er hvilke krav som må stilles til garantistens bevis. Kravet må være likt både for faktiske og rettslige sider av vurderingen.

Utgangspunktet etter norsk rett er at retten i sivile tvister skal legge til grunn den løsningen som er mest sannsynlig. I demandgarantien foreligger det derimot en ordlyd som gir kreditor en absolutt rett på garantien. Ovenfor har jeg vist at det skal sterke grunner til for å fravike en denne ordlyden. Et lavt beviskrav vil lettere gi en innsigelsesrett og ordlyden taler følgelig for et strengt beviskrav.

Videre vil et lavt beviskrav tvinge kreditor til å bevise sin rett selv om ett formål med garantien er at bevisføringen skal skje i den etterfølgende prosessen. I tillegg til at dette er uheldig for kreditor, gis også garantisten mulighet til å presse kreditor til å bevise sin rett selv om garantisten burde se at kreditor har rett til å kreve garantien utbetalt.

I tillegg vil et lavt beviskrav gi en større undersøkelsesplikt for garantisten, noe som igjen kan få betydning for hans regressrett. Hensynet til garantisten og demandgarantiens troverdighet taler følgelig for at løsningen må være utvilsom. Dette er sammenfallende med engelsk rett der det også blir stilt svært strenge krav til beviset.⁶³ Hensynene bak innsigelsesretten vil derimot tale mot et strengt beviskrav.

Det er etter dette klart at det må stilles svært høye krav til beviset. Det er vanskelig på generelt grunnlag å konkludere med en løsning. Mange forhold taler for å likestille beviskravet med det strafferettslige beviskrav (in dubio pro neo), det vil si at det ikke kan foreligge rimelig tvil om at vilkårene for en innsigelsesrett er oppfylt.⁶⁴

Garantisten må dermed bevise at det ikke foreligger rimelig tvil om at han har en innsigelsesrett. Det videre spørsmålet er om garantistens tidsbruk for å fremsette innsigelsen og nødvendige bevis må begrenses.

⁶³ Edward Owen Engineering Ltd v Barclay Bank International Ltd, “But it is certainly not enough to allege “fraud”: it must be established and in such circumstances I should say very clear established. Se Bertrams side 348. I UNCIG art 19 er kravet “ manifest and clear”.

⁶⁴ Dette støttes også av Vinje 1999 side 182, Godsk Pedersen 2003 side 174, Ulander 2000 side 52 og Bertrams 2003 side 353. Pierce 1993 stiller på side 197 krav om ”strong corroborative evidence of fraud”.

Partene har i utgangspunktet akseptert en ordlyd som gir kreditor en absolutt rett til å kreve garantien utbetalt og at kreditor dermed har en effektiv sikkerhet. Derimot har jeg ovenfor vist at det i enkelte ekstraordinære tilfeller kan foreligge en innsigelsesrett. Dersom det ikke blir satt begrensninger til hvilken tid garantisten har til rådighet for å fremsette og bevise sin innsigelsesrett, vil kreditor risikere at garantisten gjennomfører en langtekkelig og omfattende bevisførsel før garantien blir utbetalt. Hensynene bak terskelen for å innfortolke en innsigelsesrett taler følgelig for at garantisten fremsetter sin innsigelse samt nødvendige bevis umiddelbart etter kreditors krav. Dersom garantisten har behov for lengre tid så kan det tale for at det ikke foreligger en slik ekstraordinær situasjon som kan gi en innsigelsesrett.

Dette støttes av at dersom garantisten har mulighet til å gjennomføre en langtekkelig bevisprosess, gis han en mulighet til å utsette betalingen selv om han burde sett at han ikke kan ha en innsigelsesrett. Det ulovfestede lojalitetsprinsippet taler følgelig for en begrensning hvor garantisten burde være klar over at han ikke hadde en innsigelsesrett.

Derimot har jeg tidligere vist at garantisten risikerer å få et ansvar dersom han feilaktig velger å enten rette innsigelser mot kreditors krav eller ikke benytte seg av en eventuell innsigelsesrett. Hensynet til garantisten taler dermed for at han må få en viss tid til å vurdere sin situasjon.

I tillegg benyttes demandgarantien som regel i store og kompliserte avtaleforhold. En innsigelsesrett kan i et slikt forhold være umulig å bevise umiddelbart etter at kreditor fremsetter kravet. Hensynene bak innsigelsesretten tilsier følgelig at han må få en viss tid til å vurdere og bevise sin rett.

Garantistens tidsfrist for å fremlegge sin innsigelse og nødvendige bevis må etter dette begrenses. Hvilke begrensninger som gjelder må avgjøres i det enkelte tilfellet, blant annet i forhold til sakens omfang. Det må likevel kunne settes som vilkår at garantisten ikke benytte mer enn hva som i den aktuelle situasjonen er relativt kort tid.⁶⁵

⁶⁵ Vinje 1999 side 183, Bertrams side 353, URDG art 10 “reasonable time” og UNCIG art 20 “immediately available”.

2.2.4 Vurdering av ulike typetilfeller

2.2.4.1 Utgangspunkt

Jeg har i punkt 2.2.1 vist at garantisten kan ha en innsigelsesrett. For å kunne konkretisere problemstillingen vil jeg nedenfor vurdere ulike typetilfeller.⁶⁶ I praksis er det mange situasjoner hvor kreditors krav vil være problematisk og en innsigelsesrett kan være aktuell. For å skape oversikt velger jeg å dele i fire ulike typeområder i forhold til hva jeg synes er hensiktsmessig. I dette forutsetter jeg at den angitte grunnen er eneste årsak til at kreditor krever garantiansvaret utløst. Det skal videre nevnes at drøftelsen av typetilfeller betinger at man ved påkravet har uttømmende kunnskaper om hvorfor kreditor fremsetter påkravet. Hvorvidt kreditor har plikt til å begrunne sitt krav, vil bli drøftet under punkt 2.2.5.

Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg ikke gjenta hele tolkningsprosessen slik den er fremstilt under punkt 2.2.1. Jeg vil derimot vurdere hvilke momenter som er av betydning for vurderingen og konkludere med hva jeg mener er den beste løsningen.

Utgangspunktet er en klar ordlyd som gir kreditor en absolutt rett slik at eventuelle innsigelser må fremmes i den etterfølgende regressen. Dersom garantisten skal ha en innsigelsesrett må tolkningen gi en løsning som avviker fra ordlyden. I punkt 2.2.1.3 har jeg vist at terskelen for å innskrenke denne ordlyden er svært høy. Derimot har jeg under punkt 2.2.1.4 vist at terskelen er noe lavere hvor kravet ikke samsvarer med garantiens formål. En innsigelsesrett betinger videre at gode grunner taler for en slik løsning.

Ved tolkningen er det visse hensyn som er avhengig av at det foreligger en saksbakgrunn. Dette kan for eksempel være at det er en reell mulighet for at kreditor innen kort tid vil gå konkurs. I et slikt tilfelle må det antas at kreditor i lys av lojalitetsplikten kan få et særlig aktsomhetskrav. Et slikt hensyn kan naturligvis ikke bli tillagt stor betydning i en teoretisk fremstilling, men kan være viktige hensyn ved et praktisk tilfelle. I tillegg vil noen hensyn ligge fast uten å bli påvirket av det konkrete saksforholdet. Dette vil eksempelvis være hensynet til garantisten.

⁶⁶ For en liknende oppdeling ved en komparativ vurdering av nederlandsk, tysk, fransk, belgisk, engelsk og amerikansk rett, se Bertrams 2003 side 360 flg.

2.2.4.2 Krav hvor kreditor mangler en materiell rett.

Som vist ovenfor er formålet med demandgarantien for det første å gi kreditor sikkerhet for at debitor oppfyller sine forpliktelser i det underliggende avtaleforholdet og for det andre at garantisten skal ha risikoen for kreditor kan mangle rett overfor debitor. Kravet kan dermed være i samsvar med formålet selv om debitor vinner rett i den etterfølgende regressen. Spørsmålet er derimot om garantisten har en innsigelsesrett hvis det ikke er omtvistet at kreditor mangler en materiell rett overfor debitor.

At kreditor mangler en materiell rett må tilsi at debitor ikke har misligholdt sine forpliktelser. Kravet vil dermed ikke være en realisering av den sikkerheten garantien gav for at debitor ville oppfylle sine forpliktelser. Videre vil det heller ikke være i samsvar med formålet om at garantisten skal bære risikoen for at kreditors materielle rett er uklar. Det er relativt klart at garantisten på tidspunktet for inngåelsen av demandgarantien, ikke hadde vurdert muligheten for at kreditor ville benytte garantien i en slik situasjon. Dette kan åpne for at garantisten har rett til å protestere dersom det foreligger gode grunner

At garantisten og debitor skal utbetale garantien når den utvilsomt vil bli tilbakebetalt i den etterfølgende regressen er verken være rimelig eller rasjonelt. Debitor vil ikke kunne påvirke muligheten for at kreditor krever garantien utløst og vil dermed være fullstendig underlagt kreditors valg. I situasjoner hvor kreditor burde ha sett at han manglet en materiell rett overfor debitor, må garantisten ha en innsigelsesrett.

Hvor kreditor ikke burde ha sett sin manglende rett kan det være både urimelig og urasjonelt å gi han rett til å få utbetalt garantien. Derimot vil det i en slik situasjon være mindre risiko for at kreditor bevist har forsøkt å få utbetalt garantien selv om han var klar over at han måtte tilbakebetale summen i den etterfølgende regressen. Krav vil dermed være mindre urimelig enn hvor den kreditor burde være klar over at han manglet en materiell rett. Avgjørende må dermed være at partene har akseptert garantiavtalens ordlyd og terskelen for å kunne innfortolke en innsigelsesrett. Garantisten og debitor har følgelig akseptert en at kravet kan utbetales hvor den manglende materielle retten ikke var synbar for kreditor.⁶⁷

⁶⁷ I UNCIG art 19-1-begrenses kreditors rett hvor det forhold eller risiko som er grunnlaget til inngåelsen av garantien utvilsomt ikke har inntrådt. Dette må kunne gi en innsigelsesrett ved den uspesifiserte

Vinje gir garantisten en innsigelsesrett hvor ”kreditors krav, vurdert etter det underliggende avtaleforhold, er klart ugrunnet”, men mener at det ikke kan være ”noe vilkår at kreditor har opptrådt svikaktig og illojalt”.⁶⁸ Det kan med dette virke som om Vinje ikke oppstiller synbarheten for kreditor som et vilkår for en innsigelsesrett.⁶⁹ Han mener dermed at det kun er relevant om garantisten kan bevise at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett og at garantisten dermed ikke har risikoen for at kreditor ikke burde ha sett sin manglende rett.

I praksis må det antas at hvor garantisten kan bevise at kreditor mangler en materiell rett, så må han også i de fleste tilfeller kunne bevise at dette er noe kreditor burde ha sett. Vinjes løsning gir dermed i de fleste tilfeller samme løsning som vist ovenfor. Derimot kan det i teorien tenkes forhold hvor dette ikke er tilfellet, for eksempel hvor garantisten har tilgang på bevis som kreditor mangler. Jeg mener det er viktig å påpeke at hovedgrunnen til garantistens innsigelsesrett er faren for at kreditor skal misbruke sin rett og at forholdets synbarhet dermed må være et prinsipielt viktig vilkår for at garantisten skal kunne ha en innsigelsesrett. Dersom denne synbarheten ikke foreligger må det legges vekt på at garantisten har akseptert demandgarantiens ordlyd.

Garantisten må innen relativt kort tid må bevise at det ikke foreligger noen rimelig tvil om at kreditor mangler en materiell rett og at dette er noe han burde være klar over. Dette tilsier at innsigelsesretten i praksis vil være svært snever.

Forholdet må også betraktes på samme måte i situasjoner hvor kreditors krav er grunnlagt i antasipert mislighold eller hvor det underliggende avtaleforholdet er endret etter garantistillelsen. Det må derimot av hensyn til garantisten være begrensninger på hvor langt den underliggende avtalen kan endres.⁷⁰

I enkelte tilfeller kan det underliggende kravet være rettskraftig avgjort, for eksempel ved en dom eller et rettsforlik. I et slikt tilfelle må det antas at garantisten lettere kan bevise at det ikke foreligger noen rimelig tvil om at debitor mangler et materielt krav og at dette er noe han burde være klar over.

demandgaranti hvor det ikke foreligger noe materielt krav. Bestemmelsen stiller derimot ikke noe krav om at den manglende retten var synbar for kreditor.

⁶⁸ Vinje 1999 side 182.

⁶⁹ Heller ikke Godsk Pedersen 2003 side 173 synes at kreditors aktsomhet er avgjørende for innsigelsesretten.

⁷⁰ Se Vinje 1999 side 113 flg.

Likeledes som ovenfor må det også være hvor debitor har misligholdt sin forpliktelse, men hvor ansvaret er oppgjort før kreditor fremmer sitt krav. Debitor har for eksempel rettet mangelen eller erstattet kreditors tap. I slike tilfeller må det antas at det lettere kan bevises at kreditor burde være klar over at han mangler en materiell rett i det underliggende forholdet.

Situasjonen kan være at kreditor har en materiell rett, men at kravet hans er større enn hva han kan ha rett på i forhold til det underliggende avtaleforholdet. Som vist over er et av formålene med demandgarantien at garantisten har risikoen for at debitor kan mangle en materiell rett. I tillegg til eksistensen av et krav må, må dette også gjelde omfanget. Kravet vil følgelig fortsatt være i samsvar med formålet selv om kreditor i den etterfølgende regressen må tilbakebetale det overskytende.

Dersom kreditors krav er større hva han kan ha rett på i den etterfølgende regressen, vil ikke den overstigende delen av kravet være i henhold til demandgarantiens formål. På lik linje som ovenfor vil det verken være rasjonelt eller rimelig å utbetale en slik sum. Dersom garantisten kan bevise at kravet uten rimelig tvil var for høyt og dette er noe kreditor burde være klar over, har han en innsigelsesrett mot den delen av kravet som overstiger hva kreditor kan ha rett på i den etterfølgende regressen. I tilfeller der det for eksempel foreligger en taksering av en skade eller et motkrav som debitor har rettet til kreditor, må det antas at dette er lettere å bevise.

Også Vinje mener at garantisten i et slikt tilfelle vil ha en innsigelsesrett, men stiller krav om at det foreligger et "vesentlig avvik".⁷¹ Det kan vanskelig sees hvordan det kan settes et slikt vilkår. Det er klart at et krav som regel ikke vil være tilstrekkelig urimelig i forhold til den høye terskelen dersom det ikke foreligger et vesentlig avvik. Derimot kan det tenkes unntak, spesielt hvor garantisten kan bevise at kreditor faktisk var klar over eller måtte være klar over avviket.

Det videre spørsmålet er om garantisten har en innsigelsesrett hvor debitors forpliktelser i forhold til det underliggende avtaleforholdet er avsluttet.

Selv om debitor har avsluttet sine forpliktelser, har dette i utgangspunktet ingen innvirkning på partenes rettigheter i forhold til demandgarantien. Garantien skal gi kreditor en sikkerhet

⁷¹ Vinje 1999 side 183- 184.

for debtors oppfyllelse i det underliggende forholdet. Hvorvidt kravet fremkommer før eller etter at debtors oppfyllelse er utført, er ikke interessant. Avgjørende er uansett som vist ovenfor om garantisten kan bevise at kreditor ikke har et materielt krav og at dette er noe han burde være klar over.⁷² I visse situasjoner vil det være lettere for garantisten å bevise at debitor har avsluttet sine forpliktelser tilstrekkelig. Dette kan for eksempel være hvor demandgarantien skal sikre at debitor betaler en avtalt sum til kreditor. I et slikt tilfelle må det antas å være lettere å bevise at det foreligger en innsigelsesrett.

Denne løsningen må også gjelde ved andre tilfeller hvor debitor ikke lenger har noen forpliktelser etter den underliggende avtalen. Eksempler på dette kan være dersom fristen for å gjøre debtors mislighold er utgått, den underliggende avtalen er ugyldig, en av partene har hevet den underliggende avtalen eller at misligholdet er foreldet.⁷³

Videre kan kreditor grunngi sitt krav gjennom uriktige eller falske dokumenter.⁷⁴ Dersom det ikke foreligger et vilkår om dokumentasjon i garantiavtalen, må man derimot se bort fra de fremlagte bevisene. Selv om forholdet er klanderverdig av kreditor, må spørsmålet om en eventuell innsigelsesrett vurderes på lik linje som ovenfor. Dersom garantisten kan bevise at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett og dette er noe han burde være klar over, vil det følgelig foreligge en innsigelsesrett. De feilaktige dokumentene kan derimot tilsi at garantien lettere kan bevise at kreditor burde være klar over sin manglende materielle rett.

2.2.4.3 Krav som er grunnlagt i omstendigheter utenfor det underliggende avtaleforholdet.

Dette typetilfellet omhandler demandgarantiens virkeområde. I tilfeller hvor debitor kun har én forpliktelse overfor kreditor, må spørsmålet i utgangspunktet avgjøres som under punkt.

2.2.4.2. Avgjørende blir dermed om garantisten, i løpet av relativt kort tid, kan bevise at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett ovenfor debitor og at dette er noe han burde være klar over.

⁷² Etter UNCIG art. 19-2-c, har ikke kreditor rett på garantien dersom den underliggende forpliktelse utvilsomt har blitt tilfredsstillende oppfylt.

⁷³ I UNCIG art. 19-2-b gis en innsigelsesrett hvor den underliggende forpliktelse er erklært ugyldig ved dom eller voldgiftskjennelse, såfremt det ikke foreligger omstendigheter som tilsier at garantisten har tatt risikoen for dette.

⁷⁴ Se UNCIG. Art. 19-1-a.

Situasjonen kan være at debitor har flere forpliktelser med ulike grunnlag overfor kreditor, som for eksempel når det foreligger to separate kjøpskontrakter. Som regel vil det være angitt i garantiavtalen hvilken avtale garantien er knyttet til. Dersom dette ikke er tilfellet vil ordlyden tale for at kreditor har sikkerhet i en ubestemt fordringsmasse mot debitor.⁷⁵ Skal kreditors rett begrenses til kun ett av disse grunnlagene, må ordlyden følgelig tolkes innskrenkende på lik linje som vist i punkt 2.2.1. Kravene til beviset, fastlagt under punkt 2.2.3 gjelder også her.

I en slik situasjon vil det derimot være særlig aktuelt å undersøke om det foreligger omstendigheter ved avtaleinngåelsen som tilsier at kreditor burde ha forstått at garantistens forståelse avvek fra ordlyden. Dette kan eksempelvis være at kreditor har krevd garantien ved inngåelsen av en underliggende avtale. I slike tilfeller må garantistens forståelse legges til grunn. Garantiavtalen vil således inneholde et vilkår om at kravet må relatere seg til det underliggende forholdet.

Forholdet kan også være at kreditors krav er grunnlagt i motiver uten sammenheng med det underliggende avtaleforholdet, for eksempel hevn eller som pressmiddel. Dette betinger at kreditor ikke har en annen årsak for å kreve garantien. Har kreditor en godkjent årsak er det uinteressant hvorvidt han i tillegg er motivert av eksempelvis hevn.

Et utenforliggende motiv må antas å kunne komme i særlig konflikt med den ulovfestede lojalitetsplikten. Garantisten må ha en beskyttelsesverdig forventning om at kreditor ikke skal benytte seg av sin rettighet som hevn eller pressmiddel. Dette må også gjelde der hvor eneste grunnlag for kravet er at kreditor vet at debitor vil få problemer i den etterfølgende regressen på grunn av kreditors jurisdiksjon eller betalingsevne. Det praktiske virkeområdet for denne innsigelsesretten vil imidlertid være begrenset da det er svært vanskelig å bevise.

2.2.4.4 Krav hvor debitor ikke kan oppfylle forpliktelsen på grunn av utenforliggende hindringer.

Debitor kan oppleve problemer som medfører at han ikke har mulighet til å oppfylle sine forpliktelser i det underliggende avtaleforholdet. Det interessante her er om dette kan tilsi at

⁷⁵ Vinje 1999 side 101.

garantisten har en innsigelsesrett. Det første spørsmålet er om garantisten har en innsigelsesrett hvor en force majeure situasjon hindrer debitor i å oppfylle sine forpliktelser.

Et formål med garantien er å gi kreditor en sikkerhet for at debitor oppfylle sine forpliktelser. En force majeure situasjon vil kunne hindre debtors forpliktelse og kravet vil dermed ikke være i henhold til formålet. Spørsmålet er dermed om kravet er i henhold til formålet om at garantisten har risikoen for at kreditors rett overfor debitor er usikker. Vurderingen må dermed være lik som angitt i punkt 2.2.4.2. Avgjørende er følgelig om garantisten innen relativt kort tid kan bevise at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett på grunn av debtors problemer og at dette er noe han burde være klar over. I forhold der ansvarsfordelingen ved force majeure situasjoner er fastslått i den underliggende avtalen, må ansvaret finnes ved å tolke kontrakten. Avtalen kan også utfylles med reglene i kjøpsretten.⁷⁶ Hvor debitor kunne unngått hindringen ville det være mindre urimelig at kreditor får utbetalt garantien og det er dermed mindre grunn til å begrense den klare ordlyden. Garantisten må følgelig bevise at debitor ikke med rimelige tiltak kunne unngått hindringen.

Også hvor en uavhengig tredjemann stenger for debtors oppfyllelse, enten ved sin handling eller ved manglende oppfyllelse, må situasjonen løses som ovenfor. Garantisten må dermed i løpet av relativt kort tid bevise at kreditor uten rimelig tvil manglet et materielt krav mot debitor på grunn av tredjemann og at dette er noe han burde være klar over. I tillegg må han også bevise at debitor ikke kunne overvunnet hindringen med rimelige tiltak.

En liknende situasjon er at debtors oppfyllelse er ulovlig etter norsk lov. Etter Kong Christian Den Femtis Norske Lov bok 5 artikkel 1.2, er ikke partene bundet av avtaler som er mot norsk lov. I dom inntatt i Rt. 2004 side 1582 uttalte Høyesterett i punkt 34 at det gjelder ”(...) *ingen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men « spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter - herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertredeisen får slik virkning*”. Hvor innholdet er uten virkning for debitor vil ikke kreditor ha en materiell rett overfor debitor. Kravet vil dermed ikke være i henhold til formålene bak demandgarantien. Garantisten har følgelig innsigelsesrett hvor han innen

⁷⁶ Se Kjøpsloven § 27. Se ellers Mestad, Ola. *Om force majeure og risikofordeling i kontrakt*. Universitetsforlaget (Oslo 1991).

relativt kort tid kan bevise at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett og at dette er noe han burde være klar over. Videre må det som ovenfor settes et vilkår om at garantisten beviser at debitor ikke med tiltak innen rimelige grenser kunne unngå at hans oppfyllelse var i strid med norsk lov.

Også i forhold til andre utenforliggende omstendigheter må de nevnte reglene gjelde. Et eksempel her er problemer med leveransen av nødvendig materiell.

2.2.4.5 Krav hvor kreditor har misligholdt den underliggende avtalen.

Et praktisk, men viktig spørsmål er om garantisten har en innsigelsesrett hvor kreditor har misligholdt sine forpliktelser i den underliggende avtalesituasjonen.

Demandgarantien gir kreditor en sikkerhet i forhold til debitors oppfyllelse av den underliggende kontrakten. Derimot får ikke debitor en tilsvarende rett i forhold til kreditors forpliktelser. Selv om kreditor har misligholdt sine forpliktelser, vil kravet likevel være i samsvar med garantiens formål.

Å utbetale garantien til kreditor synes også å være en rimelig løsning. Garantisten og debitor har akseptert en risikoplassering i forhold til debitors oppfyllelse. Dersom debitor ønsket en sikkerhet for et eventuelt mislighold fra kreditor kunne han selv krevd en garanti for at kreditor oppfyller sine forpliktelser. Er dette ikke tilfellet må kreditors manglende oppfyllelse løses etter vanlige misligholdsregler. Garantisten har dermed ikke en innsigelsesrett på grunn av at kreditor har misligholdt den underliggende avtalen. Dette må også bli løsningen hvor debitor holder tilbake sin egen ytelse på grunn av kreditors mislighold, for eksempel i henhold til Kjøpsloven § 10.

Forholdet blir derimot mer problematisk hvor kreditors mislighold hindrer debitor i å oppfylle sine forpliktelser. Dette kan for eksempel være ved brudd på plikten etter kjøpsloven § 50 bokstav a, eller at mangler eller forsinkelser i kreditors forpliktelser hindrer debitor. Problemet vil være særlig relevant i entrepriseforhold. Forholdet kan være både at kreditors mislighold er en av flere årsaker som stenger for debitors gjennomføring, eller at kreditors mislighold er eneste årsak eller hovedårsak til debitors mislighold.

Kreditors krav vil i et slikt tilfelle ikke være en realisering av garantiens sikkerhet for at debitor oppfyller sine forpliktelser. Avgjørende må dermed være hvorvidt kreditor har en materiell rett overfor debitor som vist under punkt 2.2.4.2. Debitor må kunne ha en berettiget forventning om at kreditor ikke krever garantien dersom hans eget mislighold er en hindring for at debitor kan oppfylle sine forpliktelser. Kravet vil derimot være rimeligere dersom debitor med tiltak innen rimelige grenser likevel kan gjennomføre sine forpliktelser.

Garantisten må etter dette antas å ha en innsigelsesrett dersom han innen relativt kort tid kan bevise at kreditor at han uten rimelig tvil mangler en materiell rett og at dette er noe han burde være klar over i tillegg til at debitor ikke med rimelige tiltak kunne unngå hindringen.⁷⁷

2.2.5 Må kreditor grunngi sitt krav?

Utgangspunktet som vist under punkt 2.2.1 er at garantisten har akseptert en klar ordlyd som gir kreditor rett til å få utløst garantiansvaret kun ved et påkrav. Det stilles følgelig ikke et vilkår om at kreditor må begrunne kravet.

Som vist ovenfor vil terskelen for en løsning som avviker fra ordlyden være lavere hvor avtalens formål ikke svekkes. Det skal videre nevnes at å innfortolke et ytterligere vilkår må anses å være mer inngripende for partene enn å begrense ordlydens virkeområde. En slik tolkning må dermed stille en høyere terskel for en innskrenkende tolkning av ordlyden enn det som er tilfellet i punkt 2.2.1.

Formålet med avtalen er å gi kreditor sikkerhet for at debitor oppfyller sine forpliktelser og at garantisten har risikoen for at kreditor kan mangle en materiell rett i det underliggende avtaleforholdet. Da en eventuell begrunnelsesplikt ikke medfører en bevisplikt, vil dette følgelig ikke være i strid med avtalens formål.

Tidligere har jeg vist at garantisten i noen ekstraordinære tilfeller kan tenkes å ha en innsigelsesrett mot kreditors krav. Dersom garantisten ikke har rett på en begrunnelse av kreditors krav vil det vanskeliggjøre garantistens vurdering av om han har en innsigelsesrett. Kreditors rett styrkes dermed i forhold til om han hadde begrunnet kravet. Hensynene bak

⁷⁷ Etter UNCIG art 19-2-d, foreligger en innsigelsesrett hvor oppfyllelsen klart har blitt forhindret ved kreditors "wilful misconduct". Da det her kreves at misligholdet er bevist av kreditor vil unntaket følgelig være snevrere enn hva som er drøftet ovenfor.

innsigelsesretten taler følgelig for å gi kreditor pålegg om en begrunnelse. Videre vil en slik plikt være konfliktdempende ved at det kunne oppklare misforståelser. I tillegg gir lojalitetsprinsippet visse plikter til at partene skal ta rimelige hensyn til den andre parts interesser. Hvor kreditor burde være klar over at det forelå en situasjon hvor det var behov for en begrunnelse, vil det følgelig tale for at han har en begrunnelsesplikt. Dette vil særlig være i situasjoner der garantisten ber om en begrunnelse.

En slik begrunnelsesplikt vil derimot svekke demandgarantiens uavhengige karakter og dermed senke demandgarantiens troverdighet. Videre har garantisten mulighet til å kreve en begrunnelsesplikt nedfelt i avtalen. At han ikke valgte å gjøre dette er noe han selv må ha et visst ansvar for. Tidligere har jeg vist at en det generelle kravet for en innsigelsesrett er at garantisten innen relativt kort tid beviser at kreditor uten rimelig tvil mangler en materiell rett og at dette er noen han burde være klar over. Uansett hva som er begrunnelsen for kreditors krav må garantisten følgelig ta utgangspunkt i det samme spørsmålet. En manglende begrunnelsesplikt vil dermed ikke nevneverdig senke garantistens praktiske innsigelsesrett.

I tillegg skal det nevnes at garantistens innsigelsesrett er en snever unntaksregel som kun kan forekomme i ekstraordinære situasjoner. En slik situasjon betinger at garantisten i løpet av relativt kort tid kan bevise at han uten rimelig tvil har en innsigelsesrett. Hvis en manglende begrunnelse fra kreditor umuliggjør garantistens bevisføring, kan det vanskelig sies å foreligge et ekstraordinært tilfelle hvor garantisten har krav på å kunne rette innsigelser mot kreditors krav.

Kreditor har dermed ikke plikt til å begrunne sitt krav.⁷⁸

3 Sammenfatning

Demandgarantien gir kreditor en absolutt rett til å få utløst garantiansvaret ved å oppfylle vilkårene i garantiavtalen. Etter en tolkning av garantien må derimot ordlyden begrenses slik at garantisten i visse tilfeller kan ha en innsigelsesrett selv om alle vilkårene i garantiavtalen

⁷⁸ Vinje 1999 mener på side 183 at kreditor må spesifisere sitt krav. Dette er også konklusjonen etter URDG artikkel 20.

er oppfylt. Dette kan også være løsningen ved å benytte avtl. § 36, men terskelen for en revisjon av demandgarantien må antas å være så høy at den praktiske nytteverdien er svært begrenset.

Det avgjørende i forhold til om det foreligger en innsigelsesrett er om garantisten kan bevise at kreditor ikke har et materielt krav overfor debitor i det underliggende avtaleforholdet og at dette er noe han burde være klar over. Hvor debitor er hindret fra å oppfylle sine forpliktelser må han også bevise at debitor ikke med tiltak innen rimelige grenser kunne ha unngått hindringen. Kreditor har derimot ikke en plikt til å begrunne hvorfor han ønsker garantiansvaret utløst.

Det kan etter dette virke som om det foreligger en betydelig innsigelsesrett. Derimot er det garantisten som har bevisbyrden og han må innen relativt kort tid etter at kravet har blitt presentert bevise at det ikke foreligger rimelig tvil om at kreditor ikke har en materiell rett i det underliggende avtaleforholdet og at dette er noe han burde være klar over. Dette beviskravet tilsier at innsigelsesretten i praksis er meget begrenset.

4 Litteraturliste

- Bertrams 2003 Bertrams, Roland F. *Bank guarantees in international trade*, third revised edition. Kluwer law international and ICC publishing (Amsterdam 2003).
- Godsk Pedersen 2003 Godsk Pedersen, Hans Viggo. *Bankgarantier*, 2. udgave. Jurist og økonomiforbundets forlag (København 2003).
- Hagstrøm LoR 1994 Hagstrøm, Viggo. *Urimelige avtalevilkår*. Lov og Rett 1994 s 131.
- Haaskjold 2002 Haaskjold, Erlend. *Kontraktsforpliktelser*. Cappelen akademiske forlag (Oslo 2002).
- Huser 1983 Huser, Kristian. *Avtaletolkning*. Universitetsforlaget (Bergen 1983).
- Høgberg 2006 Høgberg, Alf Petter. *Kontraktstolkning*. Universitetsforlaget (Oslo 2006).
- Jack 2001 Jack, Raymond, Ali Malek and David Quest. *Documentary credits*, 3rd edition. Butterworths (London, Dublin, Edinburgh 2001).
- Moss 2005 Moss, Giuditta Cordero. *International commercial contracts - Is there any room for concepts such as reasonableness, good faith or fair dealing*. Industribygging og rettsutvikling. Juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum 2005 s. 301.
- Nazarian 2007 Nazarian, Henriette. *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*. Cappelen (Tromsø 2007).
- Nordtveit 1992 Nordtveit, Ernst. *Oppdragssamarbeid*. Alma Mater (Bergen 1992).
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve.

- Universitetsforlaget (Bergen 2004).
- Pierce 1993 Pierce, Anthony. *Demand guarantees in international trade*. Sweet & Maxwell (London 1993).
- Selvig 1975 Selvig, Erling. *Fra kjøpsrettens og transportrettens grenseland*, 2. utgave. Universitetsforlaget (Tromsø 1975).
- Smith 1981 Smith, Carsten. *Garantikrav og garantistvern*. Universitetsforlaget (Oslo 1981).
- Tørum 2006 Tørum, Amund Bjøranger. *Direktekrav*. Universitetsforlaget (Oslo 2006).
- Ulander 2000 Ulander, Henrik. *Bankgarantier – Särskilt om demandgarantier i svensk rett*. Ekonomiska institutionen (Lindköping 2000).
- Vinje 1999 Vinje, Eirik H. *Tolkning av garantier i forretningsforhold*. Universitetsforlaget (Oslo 1999).
- Woxholth 2006 Woxholth, Geir. *Avtalerett*, 6. utgave. Gyldendals Akademiske (Oslo 2006).